

znak: WAG-II-1-2910-547/

/BK/2009

Katowice, dnia 06.01.2009r.

WYKONAWCY.....*Dotyczy: postępowanie nr 70/pn/2008*

Zgodnie z art. 38 ust.1 i ust. 2 ustawy z dnia 29.01.2004r. Prawo zamówień publicznych ( tj. Dz. U. z 2007r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), przekazuję Państwu treść zapytań, złożonych przez Wykonawców oraz przedstawiam wyjaśnienia Zamawiającego.

*Pytanie 1*

Zgodnie z treścią pkt 13 Załącznika nr 1 do SIWZ (formularz oferty ) Zamawiający wymaga, by Wykonawca przed zawarciem umowy uzyskał „zgodę właścicieli nieruchomości ( poszczególne lokalizacje) na instalację nowej infrastruktury”. W przekonaniu Wykonawcy, zapewnienie współdziałania właścicieli poszczególnych lokalizacji ŚOW NFZ powinno leżeć po stronie Zamawiającego w ramach obowiązków wierzyciela do współpracy przy wykonywaniu zobowiązania przez dłużnika. Przewidziane w umowie wymaganie, prowadzi do sytuacji, że ubiegający się o udzielenie zamówienia Wykonawcy, muszą przed złożeniem oferty, zwrócić się – każdy z osobna- do właścicieli poszczególnych lokalizacji ŚOW NFZ z propozycją zawarcia umowy ( porozumienia) dotyczącej instalacji nowej infrastruktury. Nie można wykluczyć jednocześnie sytuacji, że właściciel poszczególnych lokalizacji SOW NFZ, odmówi zawarcia takiej umowy ( porozumienia ) z niektórymi lub nawet ze wszystkimi Wykonawcami, co będzie jednoznaczne dla tych Wykonawców z brakiem możliwości udziału w postępowaniu. Takie ukształtowanie postępowania przez Zamawiającego jest- zdaniem Wykonawcy-niezgodne z art. 7 ust. 1 p.z.p., gdyż nie zapewnia ono zachowania uczciwej konkurencji, ani równego traktowania

wykonawców. Gdyby Zamawiający wziął na siebie zadanie zapewnienia współdziałania właścicieli poszczególnych lokalizacji ŚOW NFZ, wówczas zapewniłby sobie możliwość swobodnego konkurencyjnego walczenia wielu Wykonawców oraz uzyskania wielu ofert, z których mógłby wybrać najlepszą.

W związku z powyższym, zwracamy się z pytaniem czy Zamawiający dopuszcza wykreślenie pkt 13 z Załącznika nr 1 do SIWZ ( formularz oferty)?

Odpowiedź:

Wykonawca nie może podnosić, iż poprzez działanie Zamawiającego polegające na żądaniu zgody od poszczególnych właścicieli nieruchomości narusza podstawowe zasady przewidziane przepisami Prawa zamówień publicznych. Każdy z potencjalnych wykonawców będzie mógł zwrócić się do właścicieli nieruchomości z zapytaniem o możliwość instalacji nowej infrastruktury, koniecznej do zapewnienia świadczenia usługi. Jak słusznie zauważył wykonawca od woli właściciela będzie zależało czy ową zgodę uzyska.

Zamawiający wprowadził do treści formularza oferty wymóg uzyskania uprzedniej zgody, by mieć pewność, iż po wyborze oferty najkorzystniejszej usługa będzie realizowana we wszystkich lokalizacjach podanych w SIWZ. To na Wykonawcy spoczywa obowiązek dopełnienia wszystkich formalności koniecznych do wzięcia udziału w postępowaniu, w tym także uzyskania zgody. Zamawiający nie wykreślił pkt 13 z Załącznika nr 1 do SIWZ ( formularz oferty ).

*Pytanie nr 2*

W załączniku nr 5 do SIWZ ( Umowa) nie zawarto części komparacyjnej Wykonawcy. Wykonawca zwraca się zatem z pytaniem, czy w razie wyboru oferty Wykonawcy prowadzącego działalność gospodarczą w formie spółki akcyjnej, część komparacyjna Umowy poświęcona wykonawcy, będzie obejmować wszelkie dane wymagane przez art. 374 § 1 ksh?

Odpowiedź:

Zamawiający zapewnia, iż zamieści w części komparacyjnej umowy wszystkie informacje wymagane w art. 374 § 1 ksh.

### Pytanie nr 3

Zwracamy się o potwierdzenie, że „dwudziestoczerogodzinny” termin podany w § 2 ust.1 Umowy należy rozumieć, jako termin podany w godzinach roboczych. Dla usunięcia niepewności będziemy jednakże wdzięczni za uprzejme potwierdzenie naszego toku rozumowania.

### Odpowiedź:

Wykonawca nie doprecyzował co należy rozumieć pod pojęciem „ godzina robocza”. Dla Zamawiającego „godzina robocza” to każda godzina zegarowa przypadająca w dni robocze pomiędzy godz: 8.00-16.00.

Wszelkie nieprawidłowości, wady czy usterki w funkcjonowaniu usługi należy usuwać w ciągu 24h od momentu otrzymania zgłoszenia , niezależnie od tego czy Zamawiający urzęduje w swojej siedzibie w okresie tych 24h przeznaczonych na usunięcie nieprawidłowości.

W wyniku tak postawionego pytania, Zamawiający wprowadził do projektu umowy nowy ust.

§ 2 ust. 2 otrzymuje brzmienie: „ W przypadku, gdy do usunięcia awarii wymagany będzie dostęp do pomieszczeń Zamawiającego, zostanie on zrealizowany w przeciągu 2h od uzyskania takiej informacji. Zaś w przypadku gdy byłoby to niemożliwe to czas oczekiwania na umożliwienie wejścia do tych pomieszczeń nie będzie wliczony do czasu usuwania awarii.

Nastąpi zmiana numeracji - dotychczasowy ust. 2 będzie oznaczony jako ust. 3

### Pytanie nr 4

Czy mając na uwadze powszechnie akceptowaną w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości zasadę neutralności VAT dla podatnika, że w ostatecznym rozrachunku podatek ten powinien obciążać odbiorcę towarów i usług , a nie Wykonawcę i w celu uniknięcia konieczności wprowadzania zmian do treści Umowy w przypadku zmiany stawki VAT- Zamawiający dopuszcza uzupełnienie § 3 Umowy poprzez dodanie nowego ustępu do treści: „ *W razie zmiany wysokości obowiązujących stawek VAT dotyczących przedmiotu umowy w okresie obowiązywania niniejszej umowy Zamawiający będzie zobowiązany do zapłaty wynagrodzenia uwzględniającego nowa, aktualną wysokość stawek podatku VAT*”?

### Odpowiedź:

Skoro do umów dotyczących zamówień publicznych wprowadza się klauzule waloryzacyjne, Zamawiający nie ma nic przeciwko, by wprowadzić do treści projektu umowy powyższy zapis zaproponowany przez Wykonawcę.

#### Pytanie nr 5

Zgodnie z treścią § 4 ust.1 Umowy „Zapłata z tytułu realizacji niniejszej umowy będzie następowała miesięcznie z dołu w formie polecenia przelewu w terminie 30 dni licząc od dnia dostarczenia faktury VAT za dany miesiąc na rachunek bankowy Wykonawcy podany na fakturze”.

W ocenie Wykonawcy nie ma żadnych racjonalnych podstaw, aby stałe opłaty miesięczne- abonamentowe-były płatne z dołu. Wysokość należnego za dany miesiąc wynagrodzenia abonamentowego jest znana już na początku okresu rozliczeniowego. Z tych przyczyn w tego rodzaju umowach systemy rozliczeniowe większości wykonawców są przystosowane do wystawiania faktur obejmujących opłaty abonamentowe z góry. Ewentualne przyjęcie, że wynagrodzenie abonamentowe powinno być płatne „ z dołu” narażałoby takich wykonawców na konieczność ponoszenia wysokich nieuzasadnionych kosztów przystosowania istniejących systemów rozliczeniowych do rozliczeń „ z dołu” . Ponadto, skoro świadczenie Wykonawcy polega na utrzymaniu sieci w gotowości do świadczenia usług telekomunikacyjnych, to należy je kwalifikować jako świadczenie ciągle, realizowane od pierwszego dnia obowiązywania Umowy. Odpowiednikiem tego świadczenia jest uiszczana przez Zamawiającego opłata abonamentowa. W konsekwencji w rozważanej tu planowej Umowie w sprawie zamówienia publicznego mamy do czynienia ze świadczeniami , które należy kwalifikować jako świadczenia wzajemne, co powoduje, że świadczenia Zamawiającego w postaci opłaty abonamentowej powinno być spełnione jednocześnie ze spełnieniem świadczenia Wykonawcy ( art. 488 par 1 k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy ), a więc od chwili rozpoczęcia obowiązywania umowy i z góry we wszystkich okresach rozliczeniowych.

Ponadto należy również zauważyć , iż z punktu widzenia Wykonawcy, jak i przepisów podatkowych, sposób liczenia terminu płatności ( liczony od dnia dostarczenia faktury VAT) nie pozwala ustalić prawidłowej daty powstania obowiązku podatkowego , co w konsekwencji naraża Wykonawcę na sankcje skarbowe z tytułu nieterminowego odprowadzania podatku VAT i podatku dochodowego od osób prawnych ( art. 19 ust. 13 pkt 16 ustawy z dnia 05.04.2004r. o podatku od towarów i usług ( Dz. U. Nr 54 poz. 535 z późn. zm. ) oraz art. 12 ust 3d pkt 16 ustawy z dnia 15.02.1992r. o podatku dochodowym od osób prawnych ( t.j. Dz. U. z 2000r. Nr 54, poz. 654 z późn. zm). Wskazujemy ponadto, że Zamawiającego jako podatnika VAT również dotyczą zapisy ustawy o podatku od towarów i usług, tzn. zgodnie z art. 86 ust. 10 pkt 3 oraz art. 86 ust. 11 tej ustawy prawo do obniżania kwoty podatku należnego o podatek naliczony powstaje w rozliczeniu za okres, w którym przypada okres płatności lub miesiącu następnym. W tym stanie rzeczy zauważyć należy, iż takie ukształtowanie warunków umowy naraża Wykonawcę na istotne

niebezpieczeństwo błędnego określania powyższych terminów, co w konsekwencji doprowadzić może do nieprawidłowego wyliczenia kwot należnych podatków. Podkreślić należy, iż jedynym rozwiązaniem takiej sytuacji może być wyłącznie uzależnienie terminu płatności od daty wystawienia faktury VAT ( z punktu widzenia Wykonawcy jest to data pewna ). nie zaś od daty jej otrzymania przez Zamawiającego.

W związku z powyższym zwracamy się z pytaniem , czy Zamawiający dopuszcza możliwość modyfikacji treści § 4 ust. 1 Umowy w następujący sposób;” Zamawiający zobowiązuje się do zapłaty faktury VAT każdorazowo w terminie 30 dni od daty jej wystawienia przez Wykonawcę, przelewem bankowym na konto Wykonawcy wskazane na fakturze. Wykonawca zobowiązany jest każdorazowo doręczać Zamawiającemu fakturę VAT w terminie 7 dni od dnia jej wystawienia”? Takie rozwiązanie nie wyklucza prawa Zamawiającego do dochodzenia ewentualnego odszkodowania oraz pozwoli uniknąć Stronom ryzyka podatkowego wskazanego powyżej.

Odpowiedź

§ 4 ust. 1 brzmi: „Zapłata z tytułu realizacji niniejszej umowy będzie następowała miesięcznie w formie polecenia przelewu w terminie do 30 dni od dnia wystawienia faktury VAT za dany miesiąc, na rachunek bankowy Wykonawcy podany na fakturze, z tym zastrzeżenie, że termin zapłaty zostaje zachowany w przypadku dokonania płatności w ciągu 23 dni licząc od daty doręczenia faktury VAT Zamawiającemu. Wykonawca zobowiązuje się dostarczyć Zamawiającemu fakturę VAT w terminie 7 dni od daty jej wystawienia. Podstawą zapłaty będzie protokół prawidłowej realizacji umowy w danym miesiącu sporządzony oraz podpisany przez jedną z osób wymienionych w § 1 ust. 5 lit.a umowy.

*Pytanie nr 6*

Odnosnie § 4 ust. 2 Umowy, Wykonawca zwraca się z pytaniem, czy w związku z argumentacją i wnioskiem zawartymi w Pytaniu nr 5, Zamawiający dopuszcza wykreślenie tego postanowienia Umowy w całości?

Odpowiedź:

Tak § 4 ust. 2 zostaje wykreślony z projektu umowy.

*Pytanie nr 7*

Zgodnie z § 4 ust. 4 Umowy, za termin zapłaty wynagrodzenia należnego Wykonawcy uważa się dzień obciążenia rachunku Zamawiającego. Należy zwrócić uwagę, że postanowienie to w

obecnym brzmieniu jest niezgodne z powszechną zasadą oraz linią orzecznictwa Sądu Najwyższego (por. uchwała SN z dnia 4 stycznia 1995r. sygnatura III CZP 164/94), w myśl których za dzień spełnienia świadczenia pieniężnego w postaci bezgotówkowej uważa się dzień uznania rachunku bankowego wierzyciela ( tu Wykonawcy ), a nie dzień obciążenia rachunku bankowego dłużnika ( tu Zamawiającego ). W związku z powyższym Wykonawca zwraca się do Zamawiającego o zmianę przedmiotowego postanowienia w taki sposób, aby za termin płatności wynagrodzenia dla Wykonawcy uznać dzień uznania rachunku bankowego Wykonawcy.

Odpowiedź:

W przywołanej uchwale z dnia 4 stycznia 1995r. Sąd Najwyższy przyjął, iż spełnienie świadczenia bezgotówkowego następuje w dniu uznania rachunku bankowego wierzyciela, chyba, że strony stosunku zobowiązaniowego postanowiły inaczej. Przywołana przez Wykonawcę zasada wyrażona w uchwale SN nie ma charakteru bezwzględnego, co oznacza w praktyce dopuszczalność innych rozwiązań np. przyjęcie jako terminu zapłaty dnia obciążenia rachunku dłużnika.

Zamawiający pozostawia dotychczasowe brzmienie § 4 ust. 4 projektu umowy.

*Pytanie nr 8*

Czy Zamawiający dopuszcza uzupełnienie postanowień § 5 Umowy o zapis, zgodnie z którym „Całkowita suma kar umownych naliczonych na podstawie umowy nie przekroczy 20% wartości łącznego wynagrodzenia brutto określonej w § 3 ust. 1 Umowy? Na wypadek, gdyby Zamawiający nie uwzględnił ograniczenia całkowitej wysokości kar umownych do 20% kwoty wartości umowy, zwracamy się o rozważenie innej wartości procentowej. Dopiero bowiem wskazanie maksymalnej wysokości kar pozwala Wykonawcom na oszacowanie ryzyka kontraktowego związanego z karami i uwzględnienie go w wycenie ( przy czym zachodzi prawidłowość, że im większe ryzyko kar i wyższy limit, tym konieczność nałożenia wyższego narzutu na cenę pod to ryzyko ( ang. „contingency”)).

Odpowiedź:

Podstawowym celem Zamawiającego jest zapewnienie realizacji przedmiotowej usługi w sposób prawidłowy, ciągły, nie zaś nakładanie kar umownych na Wykonawcę. Zamawiający nie wskaże wielkości procentowej, która pozwoli Wykonawcom oszacować ewentualne ryzyko kontraktowe. Pragnę zaznaczyć, iż kary przewidziane w projekcie umowy nie są zbyt wysokie.



*Pytanie nr 9*

Wykonawca zwraca się ponadto o uwzględnienie w treści § 5 Umowy np. jako nowy ustęp tego paragrafu, dwustronnego (systematycznego) zapisu, iż „Odpowiedzialność którejkolwiek ze Stron z tytułu utraconych korzyści (lucrum cessans) jest wyłączona”. Szkody takie są wszakże rzadko dochodzone w praktyce sądowej jako niezwykle trudne do określenia i udowodnienia. Jednocześnie, fakt, że Wykonawcy muszą wziąć ich ryzyko pod uwagę, naraża Zamawiającego na podwyższenie kosztów projektu.

Odpowiedź:

Zamawiający nie zgadza się na wprowadzenie do projektu umowy zaproponowanego zapisu.

*Pytanie nr 10*

Czy wzięwszy pod uwagę potrzebę doprecyzowania warunków świadczenia usług zgodnie z wymogami prawa telekomunikacyjnego (art. 59 i n. Ustawy Prawo telekomunikacyjne), Zamawiający dopuszcza możliwość dołączenia do Umowy regulaminów świadczenia powszechnych usług telekomunikacyjnych (w zakresie usług objętych przedmiotem umowy), wydanych przez Wykonawcę zgodnie z treścią ustawy Prawo telekomunikacyjne, oczywiście przy założeniu, że takie regulaminy wiązałyby Strony jedynie w zakresie nieuregulowanym i niesprzecznym z Umową (tj. uzupełniałyby postanowienia projektu umowy o szczegółowe postanowienia regulaminów dotyczących warunków świadczenia usług)?

Mając na uwadze powyższą argumentację, prosimy również o informacje czy Zamawiający zgadza się na modyfikację § 7 ust. 2 Umowy polegającą na zmianie dotychczasowego jego brzmienia na: „W sprawach nie uregulowanych Umową zastosowanie mają przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964r. Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz 93 z późn. zm.), ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007r. Nr 233, poz. 1655 z późn. zm.), ustawy z dnia 16 lipca 2004r. Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. Nr 171, poz. 1800 z późn. zm.), cennik i regulamin świadczenia usług Wykonawcy ze zmianami wynikającymi z umowy”?

Odpowiedź:

Zamawiający w § 1 ust. 8 projektu umowy zamieścił min. informację, iż usługa będzie świadczona na warunkach oraz zasadach określonych w regulaminie usług telekomunikacyjnych. Co do drugiej części pytania, Zamawiający wyraża zgodę by nieco zmodyfikować treść § 7 ust. 2 projektu umowy. Przychyla się do propozycji Wykonawcy. Powyższy ust. po zmianie brzmi:

„W sprawach nie uregulowanych Umową zastosowanie mają przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964r. Kodeks cywilny ( Dz. U. Nr 16, poz 93 z późn. zm.) , ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych ( t.j. Dz. U. z 2007r. Nr 233, poz. 1655 ze. zm.), ustawy z dnia 16 lipca 2004r. Prawo telekomunikacyjne ( Dz. U. Nr 171, poz. 1800 z późn zm. ), cennik i regulamin świadczenia usług Wykonawcy ze zmianami wynikającymi z umowy”.

#### *Pytanie nr 11*

Czy Zamawiający dopuszcza doprecyzowanie § 7 ust. 3 Umowy poprzez zastąpienie słów : „właściwego sadu ( Katowice )” sformułowaniem „ sadu powszechnego właściwego miejscowo dla siedziby Zamawiającego wskazanej w komparycji Umowy”? Zdaniem Wykonawcy pozwoli to na uniknięcie ewentualnych wątpliwości interpretacyjnych, skoro obecnie w Katowicach istnieje więcej niż jeden sąd właściwy miejscowo ( kilka sądów, z których każdy właściwy jest dla określonego ściśle obszaru, ulic).

Odpowiedź:

Zamawiający pozostawia dotychczasowe brzmienie § 7 ust. 3 .

#### *Pytanie*

Par. 4 ustala termin płatności faktur do 30 dni od daty doręczenia. Zgodnie z art. 19 ust. 13 pkt 1 lit. b ustawy z dn. 11 marca 2004r. o podatku od towarów i usług obowiązek podatkowy w związku ze świadczeniem usług telekomunikacyjnych powstaje z upływem terminu płatności ( a nie na zasadach ogólnych – z chwilą realizacji usługi). Uzależnienie początku biegu terminu płatności od nieznaney Wykonawcy daty doręczenia faktury do Zamawiającego znacząco utrudnia prawidłowe ustalenie daty powstania obowiązku podatkowego, a ponadto ze względu na właściwości systemu rozliczeniowego, poważnie utrudnia prawidłowe wystawienie faktury VAT. Czy w związku z tym zamawiający dopuszcza zapisanie w umowie kwestii terminu płatności w ten sposób, aby podawany był on w treści wystawionej przez Wykonawcę faktury lub zależał od daty jej wystawienia.

Odpowiedź:

Sposób płatności za świadczoną usługę określono w odpowiedzi na pytanie 5



*Pytanie*

Czy Zamawiający dopuszcza zapis w umowie, dotyczący obowiązku zapłacenia kary umownej przez wykonawcę za każdy dzień nie działania lub nieprawidłowego działania usługi tylko w sytuacji kiedy niedziałanie lub nieprawidłowe działanie usługi jest następstwem okoliczności, za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność?

*Odpowiedź:*

Zamawiający nie wprowadzi do treści projektu umowy zaproponowanego zapisu.

*Pytanie*

Sytuacja przenoszenia przez zamawiającego usług będących przedmiotem zamówienia do innych lokalizacji Delegatur bez ponoszenia kosztów przez zamawiającego ma znaczący wpływ na opłacalność zawarcia umowy. Czy zamawiający zgodzi się na ograniczenie liczby bezpłatnego przenoszenia usług do 2 lokalizacji?

*Odpowiedź*

Zamawiający wyraża zgodę by bezpłatne przeniesienie świadczonej usługi dotyczyło dwóch ( którejkolwiek ) z lokalizacji.

Zgodnie z art. 38 ust. 6 cyt. ustawy przedłużam termin składania ofert.

Ofertę należy złożyć w terminie do 12.01.2009 r. do godziny 11.00

Otwarcie ofert odbędzie się w dniu 12.01.2009 r. o godzinie 11.30

Miejsce składania i otwarcia ofert pozostaje bez zmian.

Z poważaniem  
Z upoważnienia Dyrektora  
Śląskiego Oddziału Wojewódzkiego  
Narodowego Funduszu Zdrowia w Katowicach  
ZASTĘPCA DYREKTORA  
DS. EKONOMICZNO-FINANSOWYCH

*Dorota Suchy*